



Assemblée générale

Distr. générale
1^{er} mars 2018
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Trente-septième session

26 février-23 mars 2018

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, concernant les difficultés que présentent pour les droits de l'homme les états d'urgence dans le contexte de la lutte contre le terrorisme*

Note du secrétariat

Le secrétariat a l'honneur de soumettre au Conseil des droits de l'homme le rapport de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Fionnuala Ní Aoláin, en application de la résolution 72/180 de l'Assemblée générale et des résolutions 31/3 et 35/34 du Conseil. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale aborde les problèmes que présentent pour les droits de l'homme les états d'urgence dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Elle relève en particulier de nouveaux modes de gestion de situations d'urgence, apparus depuis les événements du 11 septembre, et en analyse les conséquences néfastes. Les situations d'urgence ne sont pas un phénomène nouveau pour les États. Le droit des droits de l'homme autorise les États à limiter le plein exercice de droits de l'homme susceptibles de dérogation, quand les gouvernements sont confrontés à des difficultés exceptionnelles exigeant une restriction proportionnée et nécessaire des droits de l'homme. Mais les pouvoirs exceptionnels constituent un dispositif de portée limitée. Le recours à l'état d'urgence et à des mesures de sécurité nationale exceptionnelles devrait permettre aux États de revenir à la pleine protection des droits de l'homme dans un délai raisonnable. Depuis longtemps, les situations d'état d'urgence sont corrélées à toutes sortes de graves violations des droits de l'homme. La Rapporteuse spéciale expose en détail la relation entre pouvoirs exceptionnels solidement établis et violations persistantes des droits de l'homme et affirme qu'institutionnaliser les situations d'état d'urgence n'est guère utile aux États. Elle définit les principes directeurs et les bonnes pratiques qu'elle encourage les gouvernements à adopter dans la lutte antiterroriste, afin de régler méthodiquement le problème pernicieux des situations d'urgence permanente. D'autre part, la Rapporteuse spéciale exprime son point de vue sur les mécanismes internationaux de surveillance des droits de l'homme et

* Le présent rapport a été soumis tardivement afin que les faits les plus récents puissent être pris en compte.



recommande que l'autorité judiciaire applique le contrôle et la réglementation de la détention avec plus de rigueur et de fermeté. Elle affirme que si l'on veut relever un défi plus général et s'attaquer aux conditions qui favorisent dans le monde la propagation du terrorisme ou de l'extrémisme violent, il faudra réprimer résolument des pratiques telles que les situations d'urgence permanente et d'urgence immédiate. Les États ont tout à gagner à abolir les dispositifs de situations d'urgence permanente ou immédiate, comme le fait d'ailleurs l'état de droit, dans son acception large.

**Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la promotion
et la protection des droits de l'homme et des libertés
fondamentales dans la lutte antiterroriste, concernant
les difficultés que présentent pour les droits de l'homme
les états d'urgence dans le contexte de la lutte
contre le terrorisme**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Principe et fondement juridique des pouvoirs exceptionnels dans la lutte antiterroriste	4
A. Droit international	5
B. Droit interne	7
II. Proclamation de l'état d'urgence et problème des situations d'urgence immédiate	9
A. Obligations découlant du droit international et proclamation	9
B. Surveillance internationale d'une proclamation de l'état d'urgence	10
C. Obligations des États déclarant des situations d'urgence	11
D. Situations d'urgence dissimulées, situations d'urgence immédiate et d'urgence complexe	11
III. Mesures de protection des droits de l'homme à prendre dans les états d'urgence	14
A. Droits n'admettant aucune restriction ou dérogation	14
B. Principes d'équilibre, de nécessité et de proportionnalité et restriction des droits dans la lutte antiterroriste	15
C. Contrôle national et international des pouvoirs exceptionnels	16
IV. Mettre fin aux situations d'urgence	17
V. Interdiction de mesures d'urgence permanente et d'urgence complexe	17
VI. Les pratiques depuis le 11 septembre	19
A. Déclarations de guerre et états d'urgence	19
B. Emploi de pouvoirs exceptionnels sur un territoire étranger	20
VII. Conclusions et recommandations	21

I. Principe et fondement juridique des pouvoirs exceptionnels dans la lutte antiterroriste

1. Les situations d'urgence sont souvent des phénomènes imprévus et inattendus qui exigent une action immédiate. Elles peuvent être d'ordre politique, social, économique et écologique. Tout en reconnaissant que des urgences d'ordre très divers attendent des gouvernements une intervention fondée en droit, la Rapporteuse spéciale privilégie ici les moyens d'assurer la protection des droits de l'homme dans des situations où le terrorisme, l'extrémisme violent et la lutte contre le terrorisme peuvent provoquer un état de crise exigeant de l'État une réaction d'urgence. Le droit international reconnaît la licéité d'imposer des restrictions à certains droits et libertés dans des situations d'urgence et autorise les gouvernements à prendre des mesures qui sont nécessaires, proportionnées et compatibles avec leurs obligations découlant du droit international.

2. Le terrorisme est un phénomène mondial de longue date, qui se manifeste sous diverses formes. On n'en trouve aucune définition exhaustive, convenue par traité, dans le droit international. Des avancées substantielles ont cependant été réalisées par consensus à propos d'une série d'actes et d'acteurs cherchant à semer la terreur au sein des populations, qui sont frappés d'interdiction par les États et passibles de sanctions. Depuis 1963, la communauté internationale a élaboré 19 instruments juridiques internationaux visant à prévenir les actes de terrorisme¹. Le droit international consacre l'obligation générale qu'ont les États de protéger les personnes relevant de leur juridiction contre toute ingérence dans la jouissance des droits de l'homme, notamment en assurant leur sécurité, elle-même définie au sens large. Plus précisément, cette obligation est reconnue comme faisant partie des obligations incombant aux États de garantir le respect du droit à la vie² et du droit à la sécurité de la personne³.

3. Il est généralement admis que certains actes de terrorisme et les agissements d'organisations terroristes peuvent créer des conditions nécessaires et suffisantes pour atteindre un seuil susceptible de déclencher l'état d'urgence, en vertu du droit tant national qu'international, sous réserve des obligations de légalité, de proportionnalité et de non-discrimination. Mais des actes de terrorisme aveugle, même odieux et funestes, risquent de ne pas atteindre les seuils d'amorçage nécessaires ou de ne pas constituer une menace suffisante pour activer les pouvoirs exceptionnels dans le cadre du droit national ou international. Suivant en cela la pratique et la jurisprudence des juridictions régionales des droits de l'homme, la Rapporteuse spéciale maintient que chaque pays doit, à titre individuel, démontrer que le niveau et l'ampleur de la menace qui le frappe requiert l'usage de pouvoirs exceptionnels. Il n'existe pas d'autorisation type pour les situations d'urgence au niveau mondial et d'ailleurs, un tel procédé empiéterait considérablement sur la souveraineté de l'État. Bon nombre d'États sont dotés d'un système juridique solide, efficace et très fonctionnel, conçu pour pouvoir relever toutes sortes de défis, y compris ceux que posent des délinquants violents, à motivation politique. Ainsi, le terrorisme peut déclencher des situations d'urgence mais cela ne signifie pas pour autant que les États doivent user de pouvoirs exceptionnels pour contrôler le terrorisme, surtout lorsque le droit commun de l'État est solide et y suffit.

4. Le présent rapport s'inquiète de ce que la réglementation antiterroriste risque de prendre la forme d'une consolidation des pratiques de l'état d'urgence. Les lois et pratiques administratives antiterroristes ne sauraient toutes constituer un règlement d'exception. Par exemple, lorsque des normes antiterroristes réglementent des domaines jusqu'alors non réglementés – comme le financement du terrorisme depuis les événements du 11 septembre – cela n'entraîne pas nécessairement un effet spécifique d'état d'urgence. Dans ce cas de figure, les lois antiterroristes ne sont qu'une variante particulière du droit commun. Mais lorsque des lois antiterroristes, inspirées par des actes de terrorisme ou par des terroristes dont on a éprouvé la réalité ou la menace, empiètent directement et

¹ www.un.org/counterterrorism/ctitf/fr/instruments-juridiques-internationaux.

² Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6.

³ Ibid., art. 9.

lourdement sur la pleine et égale jouissance des droits de l'homme, alors il s'agit bien de restrictions aux droits et de l'état d'urgence. Dans ce contexte, le droit et la pratique antiterroristes sont à comprendre comme une sous-variante particulière du règlement d'exception et doivent faire l'objet d'une surveillance renforcée.

5. Reconnaître que les actes de terrorisme et les agissements d'organisations terroristes peuvent déclencher le seuil d'urgence en vertu du droit aussi bien national qu'international ne signifie pas que les réactions de l'État sont exemptes de toute contrainte. Les résolutions pertinentes des Nations Unies demandent aux États de s'assurer que toute mesure – dont la proclamation de l'état d'urgence – prise pour combattre le terrorisme et l'extrémisme violent, y compris l'incitation et l'appui à des actes terroristes, est conforme à toutes les obligations que leur impose le droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme, le droit international des réfugiés et le droit international humanitaire⁴.

6. La Rapporteuse spéciale soutient que, dans bien des cas, les États auraient intérêt à s'appuyer sur le droit commun pour lutter contre le terrorisme, plutôt que de recourir à des mesures d'exception. Le droit international impose aux États d'appliquer le droit commun si les mesures d'exception ne sont pas absolument nécessaires. Une réaction excessive des gouvernements risque de provoquer une escalade de la violence et d'attiser les affrontements, compromettant ainsi la lutte générale contre le terrorisme et renforçant involontairement les conditions qui lui sont favorables. Les États doivent ajuster avec précision l'usage qu'ils font du droit et éviter d'empiéter sur les droits de l'homme dans la lutte antiterroriste. Ils auraient intérêt à comprendre que l'usage abusif, excessif ou détourné des pouvoirs exceptionnels entraîne des effets dévastateurs pour l'état de droit, la responsabilisation et la transparence⁵.

A. Droit international

7. L'élément moteur des principaux traités régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme réside en ce qu'ils reconnaissent et prévoient explicitement des situations de crise. Ce mécanisme d'adaptation est déclenché par le processus de dérogation aux droits énoncés dans lesdits traités. La dérogation désigne le privilège juridiquement reconnu aux États de restreindre certains droits individuels dans les circonstances exceptionnelles de crise ou de guerre. Divers termes servent à décrire de telles circonstances. La Convention européenne des Droits de l'Homme utilise l'expression « en temps de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation », et l'on trouve des termes semblables dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Convention américaine relative aux droits de l'homme définit les circonstances exceptionnelles comme une situation « en temps de guerre, de danger public ou toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie ». Selon chacun des traités, le niveau de la menace contre l'État doit être exceptionnelle et compromettre son aptitude fondamentale à fonctionner normalement. Mais en fait, un État n'a pas besoin de promulguer des mesures spécifiques « d'état d'urgence » pour qu'une dérogation s'ensuive ; le droit commun ou des pratiques suffisamment fondées sur une menace réelle contre l'État et qui portent une atteinte conséquente aux droits peuvent faire déroger un État à ses obligations conventionnelles internationales.

8. Parallèlement, la Déclaration universelle des droits de l'homme et les instruments relatifs aux droits de l'homme reconnaissent aux États la faculté de limiter partiellement le plein exercice des droits de l'homme au moyen de clauses restrictives, pour une durée précisée et à des fins justifiables, sous réserve de certaines conditions. Les restrictions doivent : a) être nécessaires ; b) ne porter qu'une atteinte minimale aux droits (la solution la moins contraignante) ; c) établir la proportionnalité entre les moyens et des objectifs

⁴ Voir www.un.org/counterterrorism/ctitf/fr/instruments-juridiques-internationaux. Voir également résolution 35/34 du Conseil des droits de l'homme et résolutions 49/60, 51/210, 72/123 et 72/180 de l'Assemblée générale.

⁵ Voir Emilie M. Hafner-Burton, Laurence R. Helfer et Christopher J. Fariss, "Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties", *International Organization*, vol. 65, n° 4 (automne 2011), p. 673-707.

clairement définis ; et d) ne porter aucune atteinte à d'autres droits fondamentaux et être de nature non discriminatoire dans leurs fins et leur pratique. Les États peuvent réagir à des situations d'urgence, dont le terrorisme, en appliquant des restrictions à certains droits plutôt qu'en y dérogeant⁶. Les restrictions ont en principe une portée plus circonscrite qu'une dérogation et sont conçues pour atteindre des objectifs spécifiques dans une mesure déterminée et à des fins particulières démocratiquement justifiables. Par exemple, un droit peut faire l'objet d'une restriction pour éviter un conflit avec d'autres droits. Les restrictions sont des mesures prudentes, conçues pour protéger les biens collectifs et les droits d'autrui sans porter atteinte aux droits essentiels de la personne humaine, qui constituent le socle d'une société fondée sur la dignité. La dérogation à certaines obligations conventionnelles dans des situations d'urgence est juridiquement distincte des restrictions autorisées en temps ordinaire. On peut considérer (en théorie) que les restrictions ont des effets moins délétères sur la protection des droits de l'homme, encore que le problème que pose le recours à des lois et pratiques antiterroristes pour gérer des situations d'urgence immédiate montre bien que ce n'est pas le cas dans la pratique.

9. Les dispositions conventionnelles ont donné lieu à une masse abondante de jurisprudence émanant d'organes nationaux, régionaux et internationaux : on y trouve des développements et des interprétations sur les conditions dans lesquelles on peut justifier une dérogation, un type de mesure et le degré de son application, ainsi qu'un suivi de la présentation de rapports ou des notifications communiquées par les États. Lorsque les États ont rédigé ces traités, ils avaient conscience des problèmes que posent le terrorisme, l'insurrection, les conflits armés internes et la violence collective. Les dérogations restent pertinentes et utiles pour les États confrontés à des crises aujourd'hui. À mesure que le terrorisme, au cours des dernières décennies, s'est doté de nouvelles méthodes et de nouveaux moyens, la phraséologie des dérogations est restée assez générale et englobante pour prendre en charge les nouveaux défis et les nouveaux contextes. Les nouvelles applications de l'état d'urgence devront être mesurées à l'aune de ces normes internationales pour évaluer si les mesures antiterroristes mises en place sont nécessaires, proportionnées et légitimes au regard du droit international.

10. Si les États doivent suspendre leurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme dans une situation d'urgence, toutes les mesures dérogeant aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (et/ou des instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme) doivent avoir un caractère exceptionnel et provisoire. Avant qu'un État n'invoque une clause de dérogation, il faut que deux conditions essentielles soient réunies : la situation doit représenter un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation et l'État doit avoir proclamé officiellement un état d'urgence.

11. Le Pacte et les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme stipulent expressément que, même pendant un conflit armé, des mesures dérogeant au Pacte ne peuvent être prises que si, et dans la mesure où, cette situation constitue une menace fondamentale pour la vie de la nation. Une des conditions fondamentales auxquelles sont assujetties toutes mesures dérogeant aux dispositions du Pacte est que ces dérogations ne peuvent être prises que dans la stricte mesure où la situation l'exige⁷. Selon l'interprétation des tribunaux, cette condition vise la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence et de toute dérogation appliquée par l'État. L'obligation de limiter les dérogations à ce qui est strictement exigé par la situation a son origine dans les principes de légitimité, de proportionnalité et de nécessité.

12. Les dérogations exigent que le niveau de la menace contre l'État soit exceptionnel et compromette son aptitude fondamentale à fonctionner normalement, atteignant la sécurité, l'indépendance et la fonction essentielles de l'État. La Rapporteuse spéciale souligne que les mesures exceptionnelles de sécurité nationale doivent atteindre des seuils particulièrement élevés pour être légitimement appliquées en vertu du droit international.

⁶ Voir Alexandre Kiss, "Permissible limitations on rights", dans *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin, éd. (Columbia University Press, 1981).

⁷ Voir A/36/40, annexe VII, observation générale 5/13.

13. La Rapporteuse spéciale rappelle aux États le seuil requis pour activer les pouvoirs exceptionnels, conformément au droit international. Dans *Lawless c. Irlande*⁸, la Commission européenne des droits de l'homme a défini, aux fins de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, un « danger public » comme « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population, par opposition à des groupes particuliers, et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État »⁹. Dans *L'affaire grecque*¹⁰, la Commission a recensé quatre caractéristiques d'un « danger public » au sens de l'article 15 de la Convention européenne, à savoir : être actuel ou imminent; viser l'ensemble de la nation ; menacer la vie organisée de la communauté ; et représenter une crise ou un danger exceptionnel, au sens que les mesures ordinaires ou les restrictions, autorisées par la Convention pour le maintien de la sécurité, de la santé et de l'ordre publics sont manifestement insuffisantes¹¹.

14. Dans son observation générale n° 5, le Comité des droits de l'homme a indiqué qu'une situation exceptionnelle ne justifie une dérogation que si les circonstances visées ont un caractère exceptionnel et temporaire¹². Le Comité a jugé qu'il revient aux États d'établir que ces conditions ont été remplies¹³. Les principes énoncés dans l'observation générale n° 5 ont été examinés et développés dans l'observation générale n° 29 (2001) et le caractère exceptionnel et provisoire des situations d'urgence a été souligné à nouveau¹⁴. La Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont également reconnu le caractère exceptionnel et provisoire qui s'attache nécessairement à toute situation d'urgence. La Commission interaméricaine a souvent exprimé l'avis que les mesures d'urgence d'ordre législatif ou administratif ne peuvent être exécutées que dans « des circonstances extrêmement graves » et ne peuvent en aucun cas suspendre l'application de certains droits fondamentaux¹⁵. Dans son avis consultatif sur l'*habeas corpus* dans les situations d'urgence, la Cour interaméricaine a déclaré que l'article 27 de la Convention américaine des droits de l'homme était une disposition qui n'était applicable que dans « des circonstances extrêmement graves »¹⁶. Il existe donc un large consensus international sur les contours généraux de l'expression « situation d'urgence » : on en retiendra notamment le caractère fortuit et exceptionnel, la nécessité de superviser et de réglementer les situations d'urgence et les objectifs précis et limités des pouvoirs exceptionnels.

B. Droit interne

15. Les États disposent de modalités nationales multiples et variées pour proclamer officiellement une situation d'urgence. Il existe en effet des instruments d'ordre constitutionnel, exécutif et juridique permettant d'activer les pouvoirs exceptionnels en droit interne, qui peuvent porter atteinte à la pleine jouissance des droits de l'homme, dans des conditions d'égalité. Mais l'important, c'est que l'État ne peut pas se prévaloir des

⁸ Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Lawless c. Irlande*, requête n° 332/57 (A/3), arrêt du 1^{er} juillet 1961, confirmé dans *A. et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 3455/05, arrêt du 19 février 2009, par. 176.

⁹ Voir *Lawless c. Irlande*, par. 90.

¹⁰ Voir Commission européenne des droits de l'homme, *L'affaire grecque*, requête n°s 3321-3323 et 3344/67, rapport de la Commission (1969).

¹¹ Ibid. par. 153.

¹² Voir A/36/40, annexe VII, observation générale 5/13.

¹³ Voir Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1992), p. 21.

¹⁴ Voir l'observation générale n° 29 (2001) du Comité des droits de l'homme sur les états d'urgence, par. 2.

¹⁵ Voir, par exemple, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report on the Situation of Human Rights in Argentina* (OEA/Ser.L/V/II.49, Doc. 19 corr.1) (avril 1980).

¹⁶ Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Habeas Corpus in Emergency Situations*, avis consultatif OC-8/87 (OEA/Ser.L/V/II.17, Doc. 13) (janvier 1987), par. 19.

dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations internationales qui lui incombent¹⁷.

16. Pour bon nombre d'États, l'autorité d'exercer des pouvoirs exceptionnels est conférée par la Constitution. Les constitutions peuvent varier quant à leur présentation mais elles ont en commun l'énumération des circonstances justifiant la déclaration de l'état d'urgence¹⁸. Des modèles de textes législatifs permettent aussi de maîtriser la réglementation nationale des crises et notamment de riposter à des actes de terrorisme. Le modèle législatif délègue généralement par une loi des pouvoirs spéciaux à l'exécutif pour répondre aux exigences d'une situation d'urgence particulière. En général, dans ce genre de modèle, les pouvoirs conférés deviennent caducs à l'extinction de la situation d'urgence. Dans la pratique, la protection des droits de l'homme est menacée par l'intégration, dans le cadre juridique ordinaire, des lois applicables pendant l'état d'urgence, législation antiterroriste comprise : ce qui revient à normaliser l'exception¹⁹.

17. Une catégorie résiduelle d'autorisations légales accordées pour des situations d'urgence tombe dans le champ de l'état de nécessité. La doctrine se fonde sur l'hypothèse que des situations de danger extrême justifient le recours à une réglementation exceptionnelle qui, autrement, serait illicite. Si l'on considère que les pouvoirs publics ont une opinion subjective d'une grande latitude quant à ce qui constitue un danger extrême et qu'il n'existe pas de contrôle réglementaire cohérent, une telle catégorie ne peut que nuire considérablement à l'exercice des droits de l'homme.

18. Les procédures nationales ont un rôle essentiel : elles doivent satisfaire au principe de légalité et rendre possible la déclaration de l'état d'urgence au sein de l'État, tout en donnant (théoriquement) au grand public suffisamment d'informations détaillées sur l'existence d'une crise et sur les moyens juridiques spécifiques mis en œuvre pour faire face aux défis à relever. Le non-respect des procédures juridiques nationales lors de la déclaration des situations d'urgence, y compris celles qui sont déclenchées par des actes terroristes, dénote un manque de responsabilité et de transparence dans les systèmes nationaux et une faiblesse de l'état de droit.

19. La Rapporteuse spéciale fait observer que la réglementation juridique supranationale, y compris des dispositifs comme les résolutions du Conseil de sécurité ou les directives de l'Union européenne peuvent empiéter sur les prérogatives de systèmes juridiques nationaux, compromettant ainsi des protections procédurales fondées sur les droits de l'homme et profondément ancrées dans le droit national, qui sont précisément conçues pour protéger les citoyens contre les excès de pouvoirs exceptionnels. Elle affirme que la pratique internationale suivie par des organismes supranationaux en lutte contre le terrorisme ne doit pas mettre en péril la protection de droits que prévoient les constitutions et les procédures nationales. Cette précaution n'est pas à négliger, vu que la production, toujours plus dense, d'une réglementation mondiale applicable à la lutte antiterroriste et à l'extrémisme violent ne se soucie guère des protections nationales de droits de l'homme ou des procédures propres à développer et à soutenir ces droits.

20. D'ailleurs, la Rapporteuse spéciale trouve inquiétant que l'on recoure aux obligations internationales pour justifier que l'on se dispense de respecter les normes du droit interne relatives aux droits de l'homme. La réglementation juridique internationale devrait conforter – et non compromettre – la protection des droits de l'homme sur le territoire national. Considérant les nombreuses résolutions adoptées par le Conseil de sécurité, lesquelles s'ajoutent aux multiples réglementations de droit souple, la Rapporteuse spéciale fait observer que de nouvelles formes de réglementation antiterroriste contournent ou limitent explicitement l'application pleine et entière des contraintes prévues en droit

¹⁷ Voir Assemblée générale, résolution 56/83, annexe, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 32.

¹⁸ Voir, par exemple, l'article 141A (dispositions d'exception) de la Constitution du Bangladesh, inséré par la loi constitutionnelle de 1973 (deuxième amendement), qui confère au Président la responsabilité de proclamer l'état d'urgence si la vie de la nation est menacée par « la guerre ou une agression extérieure ou des troubles intérieurs ».

¹⁹ Voir John Ferejohn et Pasquale Pasquino, "The law of the exception: a typology of emergency powers", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2 (avril 2004), p. 210-239.

interne pour protéger les droits de l'homme au niveau national. Plus précisément, les exigences d'un ordre juridique supranational n'accordent pas l'attention voulue aux obligations légales prescrites par les juridictions nationales²⁰. La Rapporteuse spéciale note que parallèlement, le recours à une juridiction antiterroriste ordinaire comme moyen d'imposer aux droits de l'homme d'importantes restrictions de grande envergure, permet de ne pas se soumettre aux prescriptions du droit international. Il convient également de noter que les gouvernements adoptent d'ordinaire en accéléré une législation antiterroriste exhaustive, ce qui laisse peu de temps pour examiner son incidence sur les droits, esquive le problème du respect des obligations au regard du droit international des droits de l'homme et assoit dans la durée une « sécurisation » permanente.

II. Proclamation d'un état d'urgence et problème des situations d'urgence immédiate

A. Obligations découlant du droit international et proclamation

21. Le recours aux pouvoirs exceptionnels est régi par un principe ne prêtant pas à controverse, à savoir l'obligation de notifier publiquement l'existence d'une situation d'urgence ainsi que les modifications de la réglementation juridique qui affectent l'exercice des droits de l'homme. En règle générale, le droit conventionnel international prévoit que les proclamations d'état d'exception imposent à l'État d'informer immédiatement et officiellement les autres États parties quand il prend des mesures expresses pour limiter la pleine protection des droits de l'homme garantis par le droit national. Les États doivent également recenser les mesures prises et leur impact sur la jouissance des droits et libertés figurant dans certains articles du traité. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine relative aux droits de l'homme font obligation aux États de motiver leurs dérogations. La notification est normalement adressée au dépositaire du traité. L'obligation de notification immédiate s'applique également quand la dérogation prend fin. Le Pacte aussi bien que les Conventions européenne et américaine exigent que la protection des droits soit intégralement rétablie à la fin de la dérogation.

22. Sous réserve de certaines conditions, la dérogation est une obligation conventionnelle pour les États parties aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. La Rapporteuse spéciale souligne les obligations liées à l'usage du droit de dérogation et la nécessité d'en rendre compte en toute transparence et avec précision, lorsque les États exercent des pouvoirs exceptionnels. En particulier, la dérogation est invoquée lorsque les lois antiterroristes permettent de recourir à des pouvoirs exceptionnels et/ou fonctionnent comme une forme d'état d'urgence de fait, ce qui compromet gravement le plein exercice des droits de l'homme. S'abstenir de déroger crée des zones grises dans la pratique des États, laissant la porte ouverte à tous les abus de pouvoirs exceptionnels, qu'ils se fondent sur la réalité ou sur la menace du terrorisme, et sapant le principe de l'intégrité des obligations en matière des droits de l'homme.

23. Le deuxième critère requis par la procédure de dérogation est l'obligation d'une proclamation, elle-même intimement liée au souci de licéité. Les États ayant recours à des pouvoirs exceptionnels, soit qu'ils écartent le droit commun pour gérer une crise, soit qu'ils s'en servent comme support pour restreindre le plein exercice des droits de l'homme, ont l'obligation d'informer leurs citoyens et les personnes relevant de leur juridiction que les normes juridiques ont changé. La proclamation ménage l'état de droit, la transparence et les possibilités de contestation si les pouvoirs exceptionnels s'avèrent excessifs, disproportionnés ou en contradiction avec d'autres normes juridiques du pays. La Rapporteuse spéciale souligne que même pour les États qui n'ont pas signé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou d'autres conventions régionales

²⁰ Voir Kim Lane Scheppele, "The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency" dans *The Migration of Constitutional Ideas*, Sujit Choudhry, éd. (Cambridge University Press, 2006).

pertinentes relatives aux droits de l'homme, la proclamation de l'état d'urgence demeure une bonne pratique primordiale, car elle réaffirme le champ plus vaste des obligations concernant la protection de droits de l'homme qui figurent dans le droit international coutumier, lequel s'applique en temps de guerre comme en temps de paix.

24. Pour de nombreux États, la proclamation est obligatoire au niveau national. Pour qu'elle ait un sens, une proclamation ne doit pas se réduire à une simple procédure des rouages internes de l'État. Elle doit émaner d'une source accessible et identifiable, avoir un caractère public et être disponible et compréhensible pour l'ensemble de la population. Une bonne pratique voudrait que les États veillent à diffuser la proclamation dans toutes les langues nationales officielles ainsi que dans les langues pratiquées par de vastes segments de la population. Étant donné que les lois antiterroristes visent dans la réglementation pénale un nombre croissant d'activités qui peuvent ne pas avoir été précédemment perçues par les États comme des infractions, sans compter que la liste des définitions nationales du terrorisme ne cesse de s'allonger²¹, la Rapporteuse spéciale souligne qu'une déclaration substantielle s'avère d'une importance capitale pour la réalisation du principe *nullum crimen sine lege*.

25. L'exercice des pouvoirs exceptionnels, y compris ceux qui sont prévus dans les lois antiterroristes ou les mesures arrêtées par l'administration, doit être compatible avec les autres obligations de l'État qui découlent du droit international, dont le droit des conflits armés, le droit pénal international et le droit international des réfugiés²².

B. Surveillance internationale d'une proclamation de l'état d'urgence

26. Dans la pratique, la notification et la proclamation se heurtent à deux inconvénients. Le premier tient au fait que la démarche de la « case à cocher » semble s'imposer dès qu'une situation d'urgence est notifiée par un État partie. Les dépositaires de traités et les organes de protection des droits de l'homme chargés de suivre l'application des traités ont rarement considéré la notification comme une base de dialogue dynamique avec les États. Il en est de même pour les notifications qui posent problème quant à la licéité, la légitimité, la proportionnalité et la nécessité des mesures prises – à quelques exceptions notables près. Les organes conventionnels de protection des droits de l'homme marquent une certaine hésitation à combattre d'emblée des pratiques inquiétantes en matière de dérogation : ces réticences trouvent leur origine dans une déférence de longue date à l'égard de l'évaluation de la menace par l'État. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, il est grand temps de réviser cet esprit de conciliation pour combattre les abus généralisés de pouvoirs exceptionnels, la pratique de recourir aux pouvoirs exceptionnels sans consultation nationale régulière quant à leur nécessité et les coïncidences entre situations d'urgence et violations nombreuses des droits de l'homme. Dans le contexte des situations d'urgence, les organisations internationales doivent développer un climat favorable à une pratique par les États de la justification publique. Cette réorientation des politiques et des pratiques est conforme aux exigences formulées dans les instruments relatifs aux droits de l'homme et servirait les intérêts à long terme des États en matière de sécurité, dans la mesure où le recours aux pouvoirs exceptionnels serait solidement fondé en droit, sans compter que le dialogue avec les États qui exercent abusivement les prérogatives d'une situation d'urgence pourrait commencer plus tôt.

27. Le deuxième inconvénient, c'est que bon nombre d'États ne dérogent plus formellement à leurs obligations conventionnelles en matière des droits de l'homme – même dans des contextes où leurs actes signifient de fait des suspensions de droits tangibles et intangibles. La non-dérogation est constatée en dépit du recours systématique à des mesures exceptionnelles de sécurité ou aux pouvoirs exceptionnels, qui ont dans la

²¹ Par exemple, en 2016, le Président hongrois a approuvé un ensemble de mesures de lutte contre le terrorisme, y compris un sixième amendement à la Constitution et des amendements aux lois régissant la police, les services nationaux de sécurité et les forces de défense. La loi repose sur la notion de « situation de menace terroriste » qui est mal définie dans la législation.

²² Voir A/71/384.

pratique l'effet équivalent de créer des pratiques et des situations d'urgence face au terrorisme. Les organes conventionnels sont mal informés et insuffisamment notifiés des conséquences que les mesures antiterroristes prises par l'État exercent sur la protection des droits. L'absence de dérogation formelle est une nouvelle pratique préoccupante dont il faut s'occuper pour assurer la surveillance juridique des pouvoirs exceptionnels. L'usage des dérogations et des situations d'urgence entrent dans une phase nouvelle et – dans un certain sens – plus insidieuse, de limitations imposées aux droits de l'homme au nom des progrès à faire en termes de sécurité. La normalisation de l'exception²³ s'engage sur une nouvelle voie. En particulier, la Rapporteuse spéciale signale que le droit commun est le vecteur le plus répandu des lois antiterroristes. C'est ainsi que se créent au niveau national des situations d'urgence persistantes et durables, avec l'imposition de restrictions sévères et souvent injustifiées sur bon nombre de droits intangibles. C'est donc une sphère extrêmement problématique de la pratique des États, où l'absence de notification et de proclamation contribue à développer l'impunité et à neutraliser la surveillance.

C. Obligations des États déclarant des situations d'urgence

28. La dérogation exige un échange d'informations en temps voulu avec les dépositaires de traités et les organes conventionnels pertinents ainsi qu'avec les États parties. Comme la jurisprudence des différents organes conventionnels des droits de l'homme l'a souvent affirmé, les États doivent appliquer les tests de la licéité, de la proportionnalité et de la nécessité aux mesures qu'ils choisissent pour répondre à une crise. Si possible et le cas échéant, il convient d'user du droit commun pour réguler les adversaires politiques. Il est utile de rappeler que le terrorisme vise autant la force et l'endurance de l'état de droit ordinaire que tout autre cible matérielle tangible. S'il le faut, les États sont en mesure de suppléer le droit commun par l'application de limites ou restrictions aux droits de l'homme (sous réserve des impératifs primordiaux de non-discrimination, de proportionnalité et de nécessité). Les obligations de l'État sont les mêmes, que la menace vienne du terrorisme, d'une catastrophe naturelle ou de la guerre. En outre, les États doivent veiller à ce que les mesures prises n'aient pas d'effet négatif sur les minorités et les groupes vulnérables (y compris les femmes et les enfants) et n'affectent pas de groupes religieux, ethniques ou socialement identifiés de façon sélective ou discriminatoire. Selon la Rapporteuse spéciale, la bonne pratique exige des États qu'ils déclarent avoir entrepris et mené à bien cette évaluation comparative de non-discrimination au moment où ils déclarent une situation d'urgence.

29. La Rapporteuse spéciale invite tous les États à respecter leurs obligations conventionnelles en matière des droits de l'homme, qu'ils invoquent la sécurité nationale, la lutte antiterroriste ou les pouvoirs exceptionnels. La Rapporteuse spéciale invite les organes conventionnels des droits de l'homme et les entités de surveillance internationale à faire particulièrement attention aux exigences procédurales de la dérogation dans le contexte de la lutte antiterroriste, notamment à l'obligation pour les États de notifier les mesures prises. Quand l'État manque à fournir des informations suffisantes, il faut mobiliser énergiquement toutes les procédures de suivi et de dialogue.

D. Situations d'urgence dissimulées, situations d'urgence immédiate et d'urgence complexe

30. Les situations d'urgence immédiate sont des situations d'urgence fréquemment dissimulées par l'exercice des pouvoirs de limitation, sans qu'il y ait reconnaissance formelle de l'existence d'une situation d'urgence²⁴. Un certain nombre d'exemples

²³ Voir Oren Gross et Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2006).

²⁴ Voir Commission internationale de juristes, *States of Emergency – Their Impact on Human Rights: A Comparative Study by the International Commission of Jurists* (Genève, 1983), p. 413. Plus récemment, un certain nombre d'États n'ont pas présenté de demande de dérogation, bien qu'il y ait eu violation constatée s'agissant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

illustrent cette pratique. En premier lieu, la promulgation initiale d'une loi portant adoption de mesures d'urgence expressément limitées dans le temps, avec peut-être une clause d'extinction, est suivie par la transposition dans la législation ordinaire de pouvoirs exceptionnels identiques ou équivalents, mais sans que figure le mot « urgence » dans l'intitulé. C'est une approche juridique plutôt fallacieuse, qui permet en réalité un recoupement complet et indéniable entre une loi de situation d'urgence et une loi ordinaire, alors que l'intitulé et l'illusion d'un processus législatif régulier ont pour effet de camoufler en législation ordinaire des mesures exceptionnelles. La Rapporteuse spéciale affirme que ce n'est pas seulement l'intitulé d'une loi qui lui confère son statut d'urgence : il faut aussi vérifier son champ d'application, ses effets et les limitations qu'elle impose aux droits pour retrouver son caractère de loi d'urgence.

31. Deuxièmement, les États ont de plus en plus tendance à promulguer, dès le début, une loi ordinaire qui est en fait par sa nature et son champ d'application une loi d'exception, fondée sur la réalité ou la menace d'atrocités terroristes ; ils renoncent ainsi au subterfuge qui l'aurait fait passer pour une loi d'urgence limitée dans le temps et s'engagent dans une situation d'exception à long terme.

32. Troisièmement, certains pays introduisent le mécanisme des « pouvoirs discrétionnaires » dans leur législation ordinaire, ce qui donne des lois antiterroristes prévoyant des mesures exceptionnelles quand le gouvernement le juge nécessaire et permet de se soustraire à l'obligation de proclamer formellement l'état d'urgence²⁵.

33. Quatrièmement, la confiance excessive accordée aux clauses restrictives et leur usage abusif contribuent sensiblement au phénomène des situations d'urgence immédiate. Les États invoquent des clauses telles que la sécurité nationale ou la sûreté publique pour étayer le détournement de droits dans le cadre de la lutte antiterroriste. Mais la législation nationale contient souvent des définitions vagues du terrorisme et prend globalement pour cible les droits fondamentaux, dont les droits à la vie, à la liberté et à la sûreté, le droit aux garanties d'une procédure régulière et d'un procès équitable, la liberté d'expression, le droit de réunion pacifique et la liberté d'association ainsi que la liberté de religion ou de conviction. Il faut réagir énergiquement devant cet acquiescement à l'usage de clauses restrictives, appliquées sans même une évaluation à long terme des effets cumulatifs qu'une telle dépendance peut avoir sur l'intégrité de l'état de droit.

34. Cinquièmement, la pratique des situations d'urgence immédiate prend une forme aiguë, qui se dispense complètement de l'autorisation expresse des organes délibérants. Dans ce cas de figure, les gouvernements comptent essentiellement ou exclusivement sur les pouvoirs exécutifs pour contenir le terrorisme et faciliter la lutte antiterroriste.

35. En dernier lieu, il convient de noter un nouveau modèle de ce qu'on appelle situation d'urgence « secrète »²⁶. Il s'agit d'une persuasion subtile à l'égard des parlements et tribunaux pour les faire acquiescer à « des interprétations minimales de certains droits [de l'homme] qui ont dépouillé [les droits] d'une grande partie de leur contenu. Cette tactique revient, au pire, à créer de véritables dérogations secrètes et, au mieux, à redéfinir les droits de façon à ce qu'ils n'apparaissent que sous une forme atténuée de la pratique »²⁷. Pour y arriver, la tactique de l'État se résume à donner aux parlementaires de simples assurances que les mesures prises sont conformes aux obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme ; pour ceux qui sont plus curieux, le pouvoir exécutif publie des assurances selon lesquelles les mesures n'impliquent qu'une diminution partielle des droits, laquelle se justifie par les impératifs de la menace exceptionnelle que constituent les terroristes. Ces assurances ne sont souvent que de pure forme et aucun examen de la

Voir Fionnuala Ní Aoláin, "The cloak and dagger game of emergency and war" dans *Human Rights in Emergencies*, Evan J. Criddle, éd. (Cambridge University Press, 2016).

²⁵ Voir Amnesty International, « Des mesures disproportionnées : l'ampleur grandissante des politiques sécuritaires dans les pays de l'UE est dangereuse » (janvier 2017), p. 13.

²⁶ Voir Helen Fenwick et Gavin Phillipson, "Covert derogations and judicial deference: redefining liberty and due process rights in counterterrorism law and beyond", *Revue de droit de McGill*, vol. 56, n° 4 (juin 2011), p. 863.

²⁷ Ibid., p. 867.

législation en vigueur ou des conséquences substantielles pour les droits de l'homme ne vient les étayer.

36. Un droit antiterroriste extensif est désormais le droit commun dans bien des États²⁸. Les lois de ce type utilisent souvent le mot terrorisme sans aucune indication quant à sa définition et l'associent de plus en plus à des expressions comme « extrémisme violent » et « radicalisation », qui sont également proposées sans définitions. Bon nombre de dispositions législatives intérieures se caractérisent par de vagues définitions du terrorisme couvrant un champ très large, dont des définitions qui limitent la validité de l'application du droit international humanitaire non seulement quand il s'agit de conflits visés par les dispositions de l'article 3, commun aux Conventions de Genève de 1949, ou de conflits non internationaux visés dans le Protocole additionnel II, mais aussi quand il s'agit de reconnaître des revendications légitimes à l'autodétermination, en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme. Le vide des définitions aggrave encore la difficulté à contester les situations d'urgence immédiate.

37. Les situations d'urgence complexe sont un aspect distinct et sous-estimé de la pratique des situations d'urgence dans le contexte de la lutte antiterroriste. Elles se constituent à partir de l'accumulation de formes multiples de législation et de pratiques administratives, dont les révisions constitutionnelles de pouvoirs exceptionnels, à quoi s'ajoutent des mesures législatives contre le terrorisme et où se mêlent les transferts de pouvoirs exceptionnels dans les systèmes fédéraux (délégués notamment aux autorités régionales, provinciales et locales), le tout formant une mosaïque complexe où s'enchevêtrent les réglementations juridiques. Les situations d'urgence complexe exigent une surveillance étroite, exercée en permanence par les organes de contrôle du droit international des droits de l'homme. Faire un relevé systématique du terrain de la lutte antiterroriste est primordial ; il ne s'agit pas simplement d'examiner les lois particulières ou les décrets-lois mais d'appréhender l'effet cumulatif d'une telle réglementation sur la pleine jouissance des droits de l'homme.

38. Les organes internationaux de défense des droits de l'homme ont souligné le problème des situations d'urgence immédiate et invité expressément les États à déclarer ou à abandonner la pratique des situations d'urgence dissimulées²⁹. Étant donné le recours généralisé aux lois antiterroristes ordinaires qui limitent ou compromettent considérablement le plein exercice des droits de l'homme, tous les organismes de contrôle pertinents doivent s'intéresser davantage à l'expansion implicite et complexe des pouvoirs exceptionnels par le biais de lois antiterroristes. Ne pas être capable de reconnaître et de désigner nommément les régimes antiterroristes nationaux dotés de dispositifs d'état d'urgence est une faille fondamentale quand on veut assurer la protection des droits de l'homme en toutes circonstances.

39. La Rapporteuse spéciale invite instamment les États, le Conseil de sécurité et le Comité contre le terrorisme à être vigilants et à rappeler aux États qui créent de nouvelles obligations juridiques supranationales qu'imposer des limites importantes à l'exercice des droits suppose des situations d'urgence et qu'il ne suffit pas d'affirmer en termes généraux que les droits de l'homme sont protégés. Au contraire, les États ont des obligations concrètes spécifiques en matière de droits de l'homme quand les pouvoirs exceptionnels sont déclenchés par des lois et des mesures antiterroristes. Il faut incontestablement des

²⁸ Voir Kent Roach, éd., *Comparative Counter-Terrorism Law* (Cambridge University Press, 2015).

²⁹ Examinant en 2002 un état d'urgence imposé en Égypte depuis vingt et un ans, le Comité des droits de l'homme a invité instamment l'État partie à envisager de réexaminer la nécessité du maintien de l'état d'urgence (CCPR/CO/76/EGY, par. 6). Lors de l'examen en 2001 d'un état d'urgence en vigueur depuis trente-huit ans en République arabe syrienne, le Comité a recommandé qu'il soit officiellement levé dans les meilleurs délais (CCPR/CO/71/SYR, par. 6). S'agissant de l'Inde, en 1997, le Comité a regretté que certaines régions du pays soient déclarées zones de troubles depuis de longues années. Par exemple, la loi sur les pouvoirs spéciaux des forces armées était en vigueur dans l'ensemble d'un État depuis plus de dix-sept ans (depuis 1980) et dans ces régions, l'État partie faisait effectivement usage de pouvoirs d'exception sans s'acquitter de l'obligation faite au paragraphe 3 de l'article 4 du Pacte (CCPR/C/79/Add.81, par. 19). De façon plus générale, le Comité a aussi dénoncé le recours par les États à des situations d'urgence immédiate. Voir CCPR/C/79/Add.42, par. 9 ; CCPR/C/79/Add.62, par. 11 ; et CCPR/C/79/Add.19, par. 8.

normes nationales, précises et transparentes, pour encadrer toutes les mesures antiterroristes impliquant des mesures d'urgence qui limitent ou restreignent gravement le plein exercice des droits de l'homme, de façon à mettre en place un mécanisme bien ciblé pour déclencher lesdites mesures, dans le strict respect des obligations internationales des États en matière des droits de l'homme.

III. Mesures de protection des droits de l'homme à prendre dans les états d'urgence

40. En vertu du droit international, les États ont l'obligation et le devoir de respecter, de protéger et d'assurer les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Au cours d'une situation d'urgence – quelle qu'en soit la cause – si la situation constitue une menace pour la vie de la nation et que des raisons impérieuses exigent la suspension de certains droits de l'hommes internationaux, il revient à l'État de prendre de telles mesures tout en s'acquittant des obligations que lui impose le droit international.

A. Droits n'admettant aucune restriction ou dérogation

41. Seuls les droits tangibles peuvent donner lieu à des limitations lors d'une situation d'urgence. Les droits intangibles sont des droits spécialement protégés par le droit conventionnel, qui n'admettent aucune restriction ou dérogation, indépendamment de la gravité ou de l'origine de la crise que doit affronter l'État. Il y a quelques disparités entre les traités sur ce qui constitue les droits intangibles. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit la privation arbitraire de la vie, les violations du droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres traitements inhumains ou dégradants et du droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude ; il interdit également la prison pour dettes, la rétroactivité des lois pénales et toute violation du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. La Convention européenne des droits de l'homme contient un minimum de dispositions sur les droits intangibles, dont le droit à la vie (sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre), le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage et le droit de ne pas être soumis à la rétroactivité des lois pénales.

42. Le Comité des droits de l'homme a été particulièrement attentif aux dérogations aux droits tangibles et a souligné que leur statut de droits susceptibles de dérogation ne signifiait pas qu'il était permis d'y déroger à volonté³⁰. Cette conception recoupe avec pertinence le point de vue de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui, dans deux décisions importantes rendues sous forme d'avis consultatif, a estimé que certains droits tangibles, aux termes de la Convention américaine, sont effectivement rendus intangibles par une interprétation extensive de l'expression « garanties judiciaires », qui figure à l'article 27 de la Convention américaine³¹. Le Comité des droits de l'homme a entrepris une nouvelle extension importante de la protection des droits tangibles en situation d'urgence, dans l'idée que les droits tangibles qui constituent également des normes impératives du droit international sont effectivement intangibles dans les situations d'urgence. En outre, le Comité a déclaré que le principe de proportionnalité ne peut jamais – à son avis – s'appliquer quand il est dérogé à certains droits (prises d'otages, par exemple, privation arbitraire de liberté, toute entorse aux principes d'un procès équitable)³². La Rapporteuse spéciale est aussi de cet avis.

³⁰ Voir l'observation générale n° 29 du Comité, par. 6. Voir aussi l'observation générale n° 35 (2014) sur la liberté et la sécurité de la personne, par. 65-66.

³¹ Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Judicial Guarantees in States of emergency* (Art. 27(2), 25 et 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme), avis consultatif OC-9/87 (octobre 1987) (OEA/Ser.L/VI/111.9, doc. 13), p. 40 ; et *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Art. 27(2), 25(1) et 7(6) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme), avis consultatif OC-8/87 (janvier 1987) (OEA/Ser.L/V/111.17, doc. 13), p. 33.

³² Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 29, par. 11.

B. Principes d'équilibre, de nécessité et de proportionnalité et restriction des droits dans la lutte antiterroriste

43. La dérogation n'est pas une disposition toute faite. Pour chaque mesure prise, les États doivent atteindre le même seuil de nécessité et de proportionnalité et chaque mesure « doit être dirigée contre un danger réel, manifeste, présent ou imminent »³³. En d'autres termes, chaque mesure antiterroriste prise par un État tient lieu de pouvoir exceptionnel parce qu'elle modifie la protection des droits de l'homme en vigueur dans le droit ordinaire et doit donc être évaluée selon les mêmes critères et les mêmes exigences.

44. L'obligation de proportionnalité est réalisée différemment selon les organes conventionnels (par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme suit la démarche de la « marge d'appréciation »)³⁴. Tout en reconnaissant qu'il faut donner aux États la marge de manœuvre nécessaire pour gérer une situation de crise déclenchée par des actes de terrorisme, la Rapporteuse spéciale souligne que plus longue ou mieux établie sera la situation d'urgence, plus étroite sera la marge de déférence qu'il faudra concéder à l'État, surtout s'il y a des preuves convaincantes de violations systématiques des droits de l'homme imputables à la lutte contre le terrorisme et/ou à des mesures d'urgence.

45. La Rapporteuse spéciale s'inquiète de lois antiterroristes qui de prime abord semblent empiéter particulièrement sur les principes de la légalité, du droit à un procès équitable et du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Des aspects essentiels de ces droits sont en réalité intangibles et toute atteinte à leur endroit a des répercussions sur les droits de l'homme les plus fondamentaux.

46. Les États doivent prouver que le recours à des pouvoirs exceptionnels relève de la stricte nécessité pour appliquer les mesures antiterroristes qui limitent la réalisation des droits de l'homme³⁵. Des discours généraux visant une menace terroriste indéterminée ne satisfont pas à ce critère. Les États doivent établir expressément en quoi consiste pour eux le caractère précis de la menace quand ils déploient des mesures juridiques exceptionnelles qui font obstacle au plein exercice des droits de l'homme. Les États parties ont « le devoir de procéder à une analyse minutieuse en se fondant sur chaque article du Pacte et sur une évaluation objective de la situation en question »³⁶.

47. Partout dans le monde, de nouvelles lois antiterroristes incriminent la liberté d'expression ou les opinions qui semblent louer, glorifier, soutenir, défendre, excuser ou tenter de justifier des actes que le droit national a défini comme « terroristes », ce qui est une source de préoccupation majeure quant à leur licéité et à leur caractère restrictif à l'égard de la liberté de pensée et d'expression. L'application de telles dispositions a notamment pris pour cible les activités légitimes de l'opposition politique, les détracteurs, les dissidents, la société civile, les défenseurs des droits de l'homme, les avocats, les dignitaires religieux, les blogueurs, les artistes, les musiciens, entre autres. Par ailleurs, dans toute société régie par l'état de droit et respectant les principes et obligations en matière des droits de l'homme, les mesures antiterroristes ne sauraient ériger en infraction pénale la critique non-violente de politiques ou d'institutions nationales, y compris de l'autorité judiciaire.

48. Dans la lutte contre le terrorisme, l'extrémisme violent et d'autres atteintes à la sûreté de l'État, les États ne peuvent imposer aux droits et libertés que des restrictions « qui sont établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre

³³ Voir les Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations (E/CN.4/1985/4, annexe), principe 9.

³⁴ Oren Gross et Fionnuala Ní Aoláin, "From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of article 15 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n° 3 (2001), p. 625-649.

³⁵ Voir Cour européenne des Droits de l'Homme, *James et autres c. Royaume-Uni* (requête n° 8793/79), arrêt du 21 février 1986, par. 50 ; et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, arrêt du 13 février 2003, par. 133.

³⁶ Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 29, par. 6.

public et du bien-être général dans une société démocratique »³⁷. Qu'il y ait ou non situation d'urgence, les États doivent atteindre les mêmes seuils de légalité, de légitimité, de nécessité et de proportionnalité pour chaque mesure prise, et chaque mesure doit être « dirigée contre un danger réel, manifeste, présent ou imminent »³⁸. Les mesures prises doivent atteindre leurs objectifs avec le moins d'intrusion possible.

49. Il est important de noter que la marge de manœuvre accordée aux États n'est pas sans contraintes. Les pouvoirs exceptionnels doivent être soigneusement adaptés à une crise immédiate et urgente et non servir de moyen pour contenir les contestations ou protestations légitimes, qui sont l'expression et l'activité de la société civile. On risque ainsi d'attenter, entre autres, aux garanties d'un procès équitable et d'une procédure régulière, à l'interdiction de la torture et même au droit à la vie. Le principe de la non-discrimination doit toujours être respecté et des efforts spéciaux doivent être consentis pour préserver les droits des groupes vulnérables. Les mesures antiterroristes ciblant des groupes ethniques ou religieux spécifiques constituent une violation par les États de leurs obligations concernant les droits de l'homme.

50. La Cour européenne des droits de l'homme s'est engagée, avec fermeté et détermination, à examiner la nécessité et la proportionnalité des mesures prises par les États, notamment dans le cadre de la lutte antiterroriste. Par exemple, dans *Öcalan c. Turquie*, la Cour a relevé que si l'enquête sur les infractions terroristes pose sans aucun doute aux autorités des problèmes particuliers, « cela ne signifie toutefois pas que les autorités chargées de l'enquête ont carte blanche en vertu de l'article 5 pour arrêter les suspects, sans contrôle effectif de la part des tribunaux nationaux »³⁹. Dans *Al-Nashif c. Bulgarie*, une affaire concernant la détention et l'expulsion, la Cour a jugé que les autorités nationales ne pouvaient pas « éliminer » le contrôle effectif de la légalité de la détention par le tribunal national chaque fois qu'elles choisissaient d'affirmer qu'il s'agissait de sécurité nationale et de terrorisme⁴⁰. La Rapporteuse spéciale approuve et appuie ces points de vue juridiques solidement charpentés.

C. Contrôle national et international des pouvoirs exceptionnels

51. La surveillance des mesures antiterroristes s'impose pour assurer la protection des droits de l'homme, quand les États réagissent à la réalité du terrorisme ou à sa menace. Pendant les situations d'urgence, les États doivent garantir la protection des droits de l'homme par une série de mesures nationales, qui sont complétées par une surveillance internationale.

52. La Rapporteuse spéciale juge indispensable que les contrôles national et international soient attentifs aux interférences entre la réglementation antiterroriste et l'exercice des pouvoirs exceptionnels – qu'ils soient officiels ou de fait. Depuis les événements du 11 septembre, on a trop longtemps supposé, à tort, que les mesures antiterroristes ne relevaient pas de la pratique des pouvoirs exceptionnels, dans la mesure où le caractère « exceptionnel » ne figurait pas dans l'intitulé, l'exécution et la notification des mesures de ce type.

53. La Rapporteuse spéciale soutient avec force que le droit international des droits de l'homme impose aux États une obligation juridique de communication, de notification et d'exécution s'agissant de leurs obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme, y compris quand les mesures antiterroristes ont les mêmes effets que les pouvoirs exceptionnels ou leur sont concomitantes. Elle affirme que les organes internationaux de défense des droits de l'homme ont l'obligation de réclamer la notification des mesures antiterroristes, de relancer les États à ce sujet et d'examiner les mesures antiterroristes et leur pratique comme des pouvoirs exceptionnels quand ces mesures induisent les

³⁷ Voir Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 29 (2).

³⁸ Voir les Principes de Syracuse, principe 9.

³⁹ Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Öcalan c. Turquie*, requête 46221/99, arrêt du 12 mars 2003, par. 106.

⁴⁰ Ibid., *Al-Nashif c. Bulgarie*, requête n° 50963/99, arrêt du 20 juin 2002, par. 94 et 123-124.

conséquences d'une situation d'urgence dans la loi et dans la pratique. Comme on le verra ci-après, plus ces mesures s'enracinent et perdurent, plus impérieuses sont les obligations de contrôle et moindre la latitude laissée aux États.

IV. Mettre fin aux situations d'urgence

54. L'exercice des pouvoirs exceptionnels est limité dans le temps et leur réglementation en droit international vise à diminuer et supprimer la dépendance à l'égard de leur utilisation exceptionnelle. Paradoxalement, le caractère exceptionnel de l'état d'urgence a pour objectif d'instaurer et de soutenir les moyens de revenir à une réglementation juridique normale. Une législation pénale, appuyée sur des procédures ordinaires, favorise la création d'un organe gouvernemental ouvert et transparent et affirme le respect du principe de responsabilité, sans compter qu'elle est corrélée avec de faibles niveaux statistiques de violations des droits de l'homme.

55. Comment terminer au mieux des pouvoirs exceptionnels ? D'abord, les pouvoirs exceptionnels ont moins de chance de durer quand ils sont spécialement adaptés à une crise définie en termes spécifiques. La fin de la crise s'imposera avec d'autant plus d'évidence que les mesures exceptionnelles auront été conçues sur mesure. Ensuite, il est moins probable que des pouvoirs exceptionnels rigoureusement contrôlés aux niveaux national et international s'inscrivent dans la durée et deviennent permanents, d'autant plus que les signaux perçus par les États, les services de sécurité, les tribunaux et autres défenseurs de règles de droit modifiées feront clairement savoir aux gouvernements qu'ils ont dépassé les bornes d'une réglementation d'urgence admissible. Enfin, il est plus facile de mettre fin à des pouvoirs exceptionnels quand ils ne sont pas dissimulés dans le droit commun.

56. Les États devraient donc se fixer une double priorité, encourager l'abrogation d'une réglementation d'urgence et affirmer la capacité du système juridique ordinaire de répondre aux difficultés. Soumettre à l'examen et à la surveillance constantes des États l'exercice des pouvoirs exceptionnels et la réglementation antiterroriste est de nature à induire les moyens susceptibles de les encourager à appliquer le droit commun. Quand le recours aux pouvoirs exceptionnels par des lois antiterroristes ne bénéficie pas d'un examen et d'une surveillance authentiques, d'une évaluation indépendante et d'une solide analyse comparative, alors les incitations joueront en sens inverse et les États, comme les institutions chargées de la sécurité, préféreront la séduction des pouvoirs exceptionnels parce qu'ils proposent des raccourcis.

V. Interdiction de mesures d'urgence permanente et d'urgence complexe

57. Les situations d'urgence permanente et d'urgence complexe sont très alarmantes en ce qui concerne la protection des droits de l'homme. Il existe de solides données empiriques qui remontent sur plusieurs décennies et établissent de façon indiscutable un lien étroit entre des situations d'urgence prolongées et la gravité de violations continues des droits de l'homme. De récentes études, postérieures aux événements du 11 septembre, proposent une analyse complète de données à ce sujet⁴¹. Les données confirment également un modèle troublant dans les situations d'urgence, à savoir que les droits intangibles sont plus exposés à l'effritement et sont moins protégés, sans compter les exécutions extrajudiciaires, dont l'interdiction risque de connaître de plus nombreuses violations. Les mécanismes relevant des procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme ont intensifié et soutenu le dialogue avec des pays touchés par des situations d'urgence, surtout quand les pouvoirs mettent en vigueur des lois antiterroristes et qu'ils ont suscité de

⁴¹ Voir Eric Neumayer, "Do governments mean business when they derogate? Human rights violations during notified states of emergency", *The Review of International Organizations*, vol. 8, n° 1 (mars 2013) ; et David L. Richards et K. Chad Clay, "An umbrella with holes: respect for non-derogable human rights during declared states of emergency, 1996-2004", *Human Rights Review*, vol. 13, n° 4 (décembre 2012), p. 443-471.

nombreuses allégations de violations des droits de l'homme⁴². Des organisations indépendantes de la société civile et des droits de l'homme, qui établissent des rapports pour de nombreux pays, ont relevé, dans des récapitulatifs précis et détaillés, les cas de graves violations des droits de l'homme dans les États qui ont usé de pouvoirs juridiques exceptionnels sur le long terme.

58. À l'évidence, le droit international ne saurait autoriser le recours permanent à des pouvoirs exceptionnels qui impliquent que l'on impose, pendant un temps indéfini, de très graves atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, quand ce n'est pas leur suspension. Qui plus est, même en cas d'autorisation, les prorogations systématiques d'états d'urgence pendant des années, voire des décennies, sont en somme des urgences permanentes, ce qui pose des difficultés de taille en matière de protection effective des droits de l'homme.

59. Le recours indéfini à des pouvoirs exceptionnels par le biais d'une législation et d'une pratique administrative antiterroristes « infecte » inéluctablement la totalité du système juridique ordinaire. Plus longue est la crise, plus grande est la possibilité que des mesures exceptionnelles, incluses dans des lois antiterroristes pour réagir contre des actes terroristes, réels ou supposés, iront se glisser insidieusement dans le droit commun. À mesure que la situation d'urgence se prolonge, il devient plus difficile de maintenir une cloison étanche entre les éléments des services de sécurité, du renseignement et de la police qui opèrent de leur côté selon les lois antiterroristes, et l'appareil de justice pénale ordinaire, dont relèvent les infractions ordinaires. On peut en donner de nombreux exemples, comme l'effritement du droit au silence, ou comme l'usage dans certains pays de tribunaux extraordinaires ou de juridictions pénales d'exception, prévus à l'origine pour les seules personnes soupçonnées de terrorisme mais dont les compétences sont ensuite élargies à d'autres infractions et d'autres organisations criminelles, incluant ainsi de plus vastes domaines de la sécurité de l'État⁴³.

60. Parallèlement, il faut faire très attention quand on déploie amplement des lois ou des pratiques administratives antiterroristes musclées pour les appliquer dans certaines parties d'un territoire, parce que des juridictions entières peuvent en être infiltrées. Comme le montre l'histoire, quand des principes, règles et normes juridiques différents sont appliqués dans des zones géographiques distinctes qui relèvent d'un même « système de contrôle »⁴⁴, ils ne restent pas longtemps cantonnés mais s'infiltrent inévitablement à travers les frontières territoriales et administratives. On constate régulièrement que des zones « anormales » menacent de subvertir les valeurs fondamentales du système juridique dominant et fragilisent plus largement l'état de droit. L'ampleur et la complexité des normes antiterroristes contemporaines devraient donner à réfléchir – d'autant que l'on voit bien dans le monde les effets à long terme de pouvoirs juridiques exceptionnels sur l'intégrité des systèmes juridiques et sur les droits des citoyens ; il faudrait aussi souligner la nécessité d'une plus grande transparence et l'obligation de rendre des comptes.

61. Des lois antiterroristes neutres en apparence, dont les vastes dispositions restreignant les droits s'appliquent théoriquement à tous de la même manière, ne manquent malheureusement jamais de viser des groupes distincts et des minorités. Une fois permanentes, ces lois antiterroristes établissent solidement des distinctions juridiques et des discriminations à l'égard de minorités et de groupes sociaux distincts, créant ainsi des schémas d'anomie, d'exclusion et d'une large discrimination sociale ; on les reconnaît comme partie intégrante du paysage juridique négatif qui alimente l'extrémisme violent⁴⁵.

⁴² Voir www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22390&LangID=F.

⁴³ Voir Fergal F. Davis, *The History and Development of the Special Criminal Court, 1922-2005*, (Four Courts Press, 2007).

⁴⁴ Voir Baruch Kimmerling, "Boundaries and frontiers of the Israeli control system: Analytical conclusions" in *The Israeli State and Society: Boundaries and Frontiers*, Baruch Kimmerling, éd. (State University of New York Press, 1989), p. 265, 266-67.

⁴⁵ Voir Programme des Nations Unies pour le développement, *Sur les chemins de l'extrémisme violent en Afrique : moteurs, dynamiques et éléments déclencheurs* (2017). À consulter à l'adresse suivante : <http://www.za.undp.org/content/dam/rba/docs/UNDP-JourneyToExtremism-report-2017-French.pdf>. Voir aussi Paddy Hillyard, *Suspect Community: People's Experience of the Prevention of Terrorism Acts in Britain* (Pluto Press – NCCL/Liberty, 1993).

Les lois et pratiques administratives antiterroristes permanentes, qui normalisent la minoration des droits de certains groupes, coûtent cher à long terme, comme l'affirment de plus en plus de praticiens et d'experts engagés dans la lutte contre l'extrémisme violent et la prévention de ce phénomène. Des normes antiterroristes qui limitent en permanence les droits ne sont pas pour les États le moyen le plus rapide de s'attaquer vraiment aux conditions dans lesquelles fleurissent et se développent l'extrémisme et la mobilisation.

62. La Rapporteuse spéciale souligne à nouveau que les situations d'urgence complexe exigent une surveillance étroite, exercée en permanence par les organes de contrôle du droit international des droits de l'homme. L'enchevêtrement des situations d'urgence permanente et d'urgence complexe, avec l'effet cumulatif qui en résulte, rendent difficiles le contrôle de l'exercice des pouvoirs exceptionnels ou la recherche des responsabilités dans ce domaine. Pour surmonter les difficultés en matière de responsabilité, il faut suivre de très près les diverses formes dans lesquelles la lutte contre le terrorisme et les pratiques d'urgence se superposent et se renforcent mutuellement.

VI. Les pratiques depuis le 11 septembre

A. Déclarations de guerre et états d'urgence

63. Au lendemain des attentats du 11 septembre, l'exécutif des États-Unis d'Amérique a déclaré une « guerre planétaire contre le terrorisme »⁴⁶. S'il est vrai qu'officiellement, les gouvernements successifs des États-Unis ont dans l'ensemble répudié cette formulation, elle est pourtant devenue le fondement d'un ensemble de pratiques mondiales et nationales qui ont eu pour effet d'estomper certaines distinctions coutumières entre la guerre et la paix⁴⁷. Si l'on rappelle qu'en droit international des droits de l'homme, la guerre est un fondement juridique justifiant la proclamation de l'état d'urgence, – encore qu'un conflit armé ne suffise pas en soi pour justifier automatiquement un état d'urgence – les déclarations faites après le 11 septembre, d'une guerre planétaire à livrer contre le terrorisme, risquent d'avoir embrouillé la situation juridique et rhétorique quant au fondement juridique des pouvoirs exceptionnels. Compliquant encore cette mosaïque juridique complexe, les résolutions du Conseil de sécurité ont fait fonction d'autoroutes juridiques pour contrôler les défis du terrorisme.

64. Certains pays ont en outre autorisé l'emploi de la force sur un territoire étranger et ont mené hors frontières diverses actions de grande envergure, en invoquant la menace terroriste mondiale⁴⁸. Des autorisations de ce type prennent la forme de mécanismes insérés dans les lois nationales et instituent en fait un état de guerre « tout le temps » mais aussi « en tout lieu »⁴⁹. La notion de guerre, qui se joue dans une loi nationale constamment renouvelée, surtout dans des lois qui autorisent indéfiniment l'usage de la force dans d'autres territoires, peut également se comprendre comme une loi de situation d'urgence permanente, touchant largement et profondément les nombreux pays du monde où les forces militaires de l'État sont engagées.

65. Comme on l'a noté précédemment, le Conseil de sécurité a reconnu dans une série de résolutions que le terrorisme constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales⁵⁰, et a autorisé et requis une série de mesures pour répondre à cette menace. S'il est vrai que de telles déclarations peuvent combler des lacunes juridiques et permettre

⁴⁶ Voir www.state.gov/documents/organization/63562.pdf.

⁴⁷ Voir Rosa Brooks, *How Everything Became War and the Military Became Everything* (New York, Simon & Schuster, 2016).

⁴⁸ Voir, par exemple, États-Unis d'Amérique, loi publique n° 107-40 du 18 septembre 2001 (115 Stat. 224), adoptée le 14 septembre 2001 en tant que résolution conjointe n° 23 du Sénat, qui autorise l'utilisation des forces armées américaines contre les responsables des récentes attaques lancées le 11 septembre 2001 et toutes « forces associées ». Voir aussi tribunal d'appel des États-Unis, *Barhoumi v. Obama*, décision du 11 juin 2010.

⁴⁹ Voir Clive Walker, « Prisoners of 'war all the time' », *European Human Rights Law Review* (2005).

⁵⁰ Voir résolutions 1373 (2001), 1456 (2003), 1566 (2004), 1624 (2005), 2178 (2014), 2341 (2017), 2354 (2017), 2368 (2017), 2370 (2017), 2395 (2017) et 2396 (2017) du Conseil de sécurité.

ainsi de réglementer des actions et des acteurs terroristes spécifiques, elles n'ont aucune base légitime pour créer un état d'urgence licite au niveau mondial. Il faut pourtant reconnaître que les résolutions du Conseil de sécurité, une fois transposées dans le droit de bon nombre d'États, ont eu pour effet juridique d'autoriser, de proroger et de valider des situations d'urgence exceptionnelles.

66. Une législation et une pratique antiterroristes, fondées expressément sur les résolutions du Conseil de sécurité, ont subverti ou contourné dans bien des pays les dispositifs ordinairement prévus pour l'adoption de lois d'exception et ont permis aux États de fournir de vastes définitions du terrorisme, imprécises et vivement controversées, qui certes donnent effet aux impératifs fondamentaux des résolutions du Conseil de sécurité, mais servent aussi à réprimer des manifestations nationales légitimes, à étouffer l'organisation politique et à mettre en péril la liberté d'expression. Dans bon nombre de ces cas, il reste à prouver que la menace terroriste nationale visée répond aux critères objectifs d'une « menace pour la vie de la nation » ou constitue une atteinte à la sécurité essentielle de l'État. La Rapporteuse spéciale rappelle aux États que les résolutions du Conseil de sécurité concernant la lutte antiterroriste ne sont ni une carte blanche autorisant le déni des droits de l'homme, ni un prétexte pour des menées politiques criminelles, sans rapport avec le contenu spécifique des résolutions. Elle fait observer que de telles pratiques sont en contradiction avec la Stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unies – et plus particulièrement avec le pilier IV, où sont réaffirmées la protection intégrale des droits de l'homme et la primauté du droit dans la lutte antiterroriste.

B. Emploi de pouvoirs exceptionnels sur un territoire étranger

67. Aucun État n'a jamais dérogé à un traité international relatif aux droits de l'homme sur la base du déploiement extraterritorial de ses forces armées à l'étranger⁵¹. Pourtant, tout déploiement militaire à l'étranger, en tant qu'il représente une des mesures prises individuellement ou collectivement par les États pour éliminer le terrorisme international, est régi par les règles d'engagement nationales respectives ou internationales, qui doivent être compatibles avec le droit international, en particulier le droit des droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit humanitaire⁵².

68. Des États ont considéré la possibilité de « présomption de dérogations pour les forces armées en opérations extérieures »⁵³. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, les dérogations de ce type ne sont pas impossibles en soi, encore que leur application extraterritoriale doive répondre aux conditions prévues, comme la « menace pour l'existence de la nation », « en cas de guerre » et « de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État », vérifiées par la réalité des faits sur le terrain. Dans *Lawless c. Irlande*, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé la validité d'une dérogation demandée par l'Irlande et fondée, entre autres, sur les activités « d'une armée secrète ... opérant également en dehors du territoire de l'État »⁵⁴. Malgré la dimension extraterritoriale de cette dérogation, il convient de noter que le critère prioritaire de menace était satisfait par « le fait qu'il existait, sur le territoire de la République d'Irlande, une armée secrète agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de la violence ».

69. Dans le contexte d'une dérogation extraterritoriale, les faits sur le terrain seraient soumis à l'examen de l'organe de suivi compétent pour déterminer si une guerre

⁵¹ Voir Marko Milanovic, "Extraterritorial derogations from human rights treaties in armed conflict", dans *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Nehal Bhuta, éd. (Oxford University Press, 2014).

⁵² Voir résolutions 1373 (2001), 1456 (2003), 1566 (2004), 1624 (2005), 2178 (2014), 2341 (2017), 2354 (2017), 2368 (2017), 2370 (2017), 2395 (2017) et 2396 (2017) du Conseil de sécurité ; résolutions 49/60, 51/210, 72/123 et 72/180 de l'Assemblée générale ; et résolution 35/34 du Conseil des droits de l'homme.

⁵³ Voir, par exemple, Royaume-Uni, Ministère de la défense, "Government to Protect Armed Forces from persistent legal claims in future overseas operations" (4 octobre 2016).

⁵⁴ Voir *Lawless c. Irlande*, par. 28.

– précisément un conflit armé, international ou non international – existe et si la situation suffit pour justifier une dérogation. En outre, quand les États s’engagent volontairement dans des opérations militaires à l’étranger, dont ils peuvent se retirer à tout moment, le besoin d’une dérogation globale ne concorde guère avec les circonstances politiques qui incitent à faire usage de la force militaire.

70. Une dérogation n’est pas un vaccin contre des dangers possibles ou latents concernant les États ; elle s’exerce plutôt dans le cadre de dangers matérialisés, concrets et mesurables menaçant un État. La Rapporteuse spéciale estime que la présomption de dérogations est en soi incompatible avec les règles strictes de tous les instruments pertinents relatifs aux droits de l’homme, étant donné que toute dérogation doit être individuellement justifiée par les particularités propres au contexte environnant l’engagement des forces d’un État à l’étranger.

71. Au cas où un État voudrait déroger dans le cadre d’actes extraterritoriaux, y compris s’il s’agit d’un conflit dans un autre territoire mais sans s’y limiter, les mesures qu’il prendrait devraient être nécessaires et proportionnées aux exigences de la situation et, bien entendu, certains droits ne souffrent aucune dérogation⁵⁵. Certains tribunaux ont été d’avis que, dans le cadre de conflits armés non internationaux, s’il existe une juridiction compétente pour les droits de l’homme et qu’il n’existe aucune dérogation licite, les protections prévues au titre du droit à la liberté demeurent pleinement en vigueur⁵⁶. La Rapporteuse spéciale souscrit largement à cette opinion et affirme qu’une dérogation ne pourrait réduire les protections du droit à la liberté à un niveau moindre que les protections prescrites par le droit international des droits de l’homme et le droit international humanitaire.

VII. Conclusions et recommandations

72. Les états d’urgence continuent d’être une source pernicieuse et mal contrôlée de violations des droits de l’homme dans le monde. Sans méconnaître l’ampleur et la portée des lois antiterroristes qui rendent possibles des situations d’urgence immédiate, d’urgence complexe et d’urgence permanente, il convient d’en réglementer rigoureusement l’application.

73. Les États doivent s’acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit international quand ils dérogent à leurs obligations conventionnelles en matière de droits susceptibles de dérogation, lorsque les lois et pratiques antiterroristes ont pour effet de suspendre l’exercice plein et effectif des droits de l’homme sur leur territoire.

74. Que ce soit lors de la révision d’une législation antiterroriste existante ou de la rédaction d’une nouvelle législation de ce type, les États doivent veiller à satisfaire aux exigences des principes de licéité, de légitimité, de nécessité et de proportionnalité, tels qu’ils sont énoncés dans le droit international, pour s’assurer que les mesures d’urgence sont compatibles avec l’interdiction de pouvoirs exceptionnels permanents.

75. Les États doivent procéder périodiquement à un examen exigeant et scrupuleux de leur législation antiterroriste, pour s’assurer que les effets produits par ces mesures sur l’exercice des droits de l’homme satisfont aux conditions de nécessité et de proportionnalité. Ces examens doivent évaluer l’effet cumulatif des mesures antiterroristes d’un État qui risquent, au total, d’être disproportionnées aux exigences de la situation. Il convient de saluer des pays comme le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, dont l’adhésion constante aux travaux de l’Inspecteur

⁵⁵ Ainsi, des dérogations qui pourraient par exemple concerner des conflits armés non internationaux n’échappent pas à l’exigence selon laquelle le conflit ailleurs doit constituer une « menace pour la vie de la nation » (souligné par l’auteur). Voir Alan Greene, “Separating normalcy from emergency: the jurisprudence of article 15 of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, vol. 12, n° 10 (2011), p. 1764-1785.

⁵⁶ Voir Cour européenne des droits de l’homme, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011 ; et *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011.

indépendant chargé d'examiner la législation relative au terrorisme propose aux autres États⁵⁷ un précédent et une conduite fort utiles et exemplaires. Les États sont encouragés à suivre cet exemple pour assurer un contrôle indépendant et spécialisé de la lutte antiterroriste, qui puisse prendre en compte l'ensemble de la donne antiterroriste dans chaque État.

76. Les États doivent veiller à respecter les délais fixés pour l'expiration des pouvoirs exceptionnels.

77. Les États recourant à des lois antiterroristes qui finissent en états d'urgence doivent s'efforcer de maintenir la liberté d'accès à une justice solide et indépendante, dotée de pouvoirs de contrôle. Le contrôle judiciaire est nécessaire à toutes les phases de la pratique des pouvoirs exceptionnels et plus se prolonge la situation d'urgence, plus s'impose l'impérieuse nécessité d'un contrôle juridictionnel⁵⁸.

78. Quand un État déploie des lois antiterroristes pour s'en servir comme pouvoirs exceptionnels, il reste soumis à l'obligation absolue de protéger les droits intangibles (comme le droit de ne pas être soumis à la torture). En outre, les droits tangibles qui sont essentiellement inhérents à l'exercice des droits intangibles doivent être maintenus (par exemple, l'obligation qui incombe à l'État de mener des enquêtes véritables sous la protection du droit à une procédure régulière). Les droits procéduraux qui donnent les moyens de contester, de discuter et de réexaminer les pouvoirs exceptionnels sont cruciaux pour la protection des droits de l'homme, la protection de l'espace civique et le maintien de la tolérance, de la transparence et de la dignité humaine dans les situations d'urgence.

79. La Rapporteuse spéciale s'inquiète de ce que des études, actuellement disponibles au sein du dispositif antiterroriste de l'ONU et qui mettent l'accent sur l'exécution des obligations énoncées dans la résolution 1373 Conseil de sécurité, font l'éloge d'États parce qu'ils produisent des lois et des pratiques administratives antiterroristes plus musclées, sans vraiment évaluer ce que cela coûterait à l'État si les droits de l'homme doivent en subir le contre-coup. Souscrire sans conviction réelle aux normes des droits de l'homme dans les résolutions du Conseil de sécurité est un grave échec des dirigeants au niveau de la réglementation antiterroriste et la réglementation supranationale peut et doit mieux faire.

80. Il est entendu que lorsque les lois antiterroristes fonctionnent comme des lois d'urgence, les États doivent s'intéresser particulièrement aux effets disproportionnés que peuvent avoir les pouvoirs exceptionnels sur les minorités ethniques, les groupes vulnérables et les minorités religieuses. Il faut également calibrer les effets des lois antiterroristes dans les États où des groupes ethniques et religieux asservis constituent fonctionnellement une majorité en position non dominante, dont le statut inférieur est en partie maintenu par l'utilisation de pouvoirs exceptionnels. D'autre part, des normes de lutte contre le terrorisme, profondément enracinées, affectent souvent les femmes d'une manière liée à leur identité sexuelle et les violations des droits de l'homme, dans les situations d'urgence permanente, ont à la fois une charge sexiste et une coloration sexiste. La Rapporteuse spéciale recommande vivement la pratique d'une analyse comparative nationale, incluant la collecte de données nationales indépendantes et fiables concernant l'utilisation des mesures d'urgence et leurs effets concrets sur ces groupes.

81. Les mécanismes internationaux et régionaux de protection et de surveillance des droits de l'homme doivent ranimer leur intérêt pour la pratique des situations d'urgence actuelles, en étudiant plus particulièrement les effets, sur les situations d'urgence, des normes antiterroristes généralisées. Il faut inciter les États à déroger, le leur rappeler et, s'ils manquent à le faire, leur suggérer de fournir les renseignements voulus pour pouvoir évaluer si les situations d'urgence sont justifiées

⁵⁷ Voir <https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk>. Pour un modèle parallèle de bonne pratique, voir aussi l'Observateur indépendant des lois de sûreté nationale, nommé par l'Australie.

⁵⁸ Voir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, requête n° 002/2013, arrêt du 3 juin 2016.

et si les mesures prises sont proportionnées. Il est essentiel de promouvoir une culture de justification, selon laquelle les responsables ont le devoir de faire connaître leurs raisons quand ils prennent des décisions importantes qui portent atteinte aux droits des individus.

82. Les pouvoirs exceptionnels créés et perpétués par des lois et pratiques antiterroristes devraient précipiter leur propre extinction en contribuant à triompher de la crise qui exige leur promulgation⁵⁹. Quand les États font durer des situations d'urgence immédiate et permanente – avec quelquefois des décennies d'une suspension implacable des droits et libertés – les tribunaux et les organes de surveillance devraient se montrer plus sceptiques quant à la nécessité et à l'efficacité des démarches adoptées par l'État et imposer des limites à la déférence envers l'État. Plus longue est la situation d'urgence, plus lourde sera pour l'État la charge de la justification et plus il faudra insister sur le prix à payer pour les restrictions imposées sans relâche aux droits des individus et des groupes.

⁵⁹ Voir Alan Greene, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis* (Hart Publishing, 2018).